



Patrícia Pereira de Leão, nº004866

O Penhor como Elemento Resolutivo da Insolvência

Dissertação de Mestrado em Direito dos Mercados Financeiros

Dissertação realizada sobre a orientação do Professor Doutor André
Figueiredo

Lisboa, Setembro 2018

Declaração de Compromisso de Anti Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, Setembro de 2018

Agradecimentos

Queria agradecer a todos os que me apoiaram durante este caminho e que me mostraram que a persistência e esforço resultam sempre em sucesso. Especial agradecimento à minha família, que me apoiou e ajudou durante todo este percurso, tanto na resolução desta dissertação como durante toda a licenciatura e mestrado.

Gostaria igualmente de agradecer ao Professor Doutor André Figueiredo enquanto meu orientador de tese e uma vez que, sem a sua orientação, esta dissertação não teria sido possível.

Resumo

Perante a crise financeira que assolou a Europa, houve um ramo do Direito que se revelou extremamente importante, o Direito da Insolvência. Deste modo, a presente dissertação, surge com o objectivo de demonstrar de que forma os credores são tutelados na administração da massa insolvente pelo devedor.

Pretendemos, neste sentido aprofundar e revelar diversas questões que este regime jurídico suscita. Atendendo à figura do penhor, que confere grande sentido a este preceito, iremos explorar o seu papel, enquanto meio de garantia, como forma de conceder uma maior protecção aos credores. Procuramos, deste modo evidenciar a importância do paradigma de revitalização das empresas e protecção da massa insolvente, presente e regulada pelo CIRE.

Abstract

With the financial crisis that arose in Europe, there was a branch of the Law that revealed itself extremely important: the Bankruptcy Law. Therefore, the present dissertation aims to demonstrate which way creditors are trained in the situation of debtor in possession.

We intend to reveal several issues that this legal regime raises. The pledge, gives a great meaning to this precept, so we will explore his role as a guarantee, which will grant a greater protection to the creditors. We also intend to reveal the importance of the company's revitalization and protection of the insolvent mass. That situation is present and regulated by CIRE.

Índice

1. Introdução.....	5
2. O Penhor.....	6
2.1. <i>Caracterização enquanto garantia</i>	6
2.2. <i>Características do Penhor</i>	8
2.2.1. Noção e objecto.....	8
2.2.2. Acessoriedade	9
2.2.3. Indivisibilidade.....	10
2.2.3. Especialidade.....	11
2.3. <i>Regimes particulares do penhor</i>	12
2.3.1. O penhor mercantil.....	12
2.3.2. Penhor Financeiro	13
3. Processo de Insolvência	23
3.1. <i>Características Gerais</i>	23
3.1.1. Explicação introdutória	23
3.1.2. O Processo de Insolvência no Ordenamento Português	24
3.2. <i>Efeitos da declaração de insolvência</i>	29
3.2.1. Negócios em curso.....	30
3.2.2. Quanto aos créditos sobre a insolvência.....	31
3.2.3. Negócios em curso garantidos por penhor	33
3.2.4. Créditos sobre a insolvência, nomeadamente créditos garantidos por penhor	34
3.3. <i>Particularidades do Penhor quanto à resolução do contrato em benefício da massa insolvente</i>	35
3.4. <i>Compensação de créditos garantidos por penhor depois da declaração de insolvência</i>	40
4. Questão Pertinente: Poderá considerar-se que o recurso ao penhor da massa insolvente sobre a forma de garantia da satisfação dos credores, é a melhor solução?	42
5. Conclusão.....	52
6. Bibliografia	54
7. Webgrafia	55

1. Introdução

Com a presente dissertação, cujo tema é o Penhor como elemento resolutivo de insolvência, pretendemos, em primeiro lugar, fazer uma abordagem ao penhor, identificando e diferenciando o penhor civil do penhor financeiro e mercantil. Deste modo, considerámos pertinente encontrar um papel mais concreto da figura do penhor perante um processo de insolvência.

Sendo assim, começamos por fazer uma breve abordagem ao próprio processo de insolvência, enquadrando-o numa vertente mais histórica, de forma a compreender mais claramente os seus alicerces. Tornou-se, assim, evidente a importância da figura do penhor como garantia num contrato financeiro entre o devedor e os seus credores.

Ao enquadrarmos esta situação, numa vertente mais profunda, deparamo-nos com o facto de o devedor insolvente necessitar de credores que injectem capital na empresa insolvente, como forma de contornar o paradigma de insolvência eminente e, assim, garantir a manutenção da empresa no mercado. É, neste sentido e como forma de garantir uma protecção aos credores, que a figura do penhor surge, como elemento crucial para o ideal de revitalização das empresas (previsto no CIRE), ao mesmo tempo que se garante a protecção dos credores.

No entanto, não satisfeitos com o resultado, foi ainda ponderada a possibilidade de a tutela da massa insolvente ser concedida à guarda do devedor. Esta situação deve-se ao facto de se considerar que o devedor consegue garantir de uma forma mais viável a revitalização e manutenção da sua empresa no mercado, bem como a protecção dos credores, se conseguir ter a seu cargo os bens patrimoniais, que irão ser utilizados como garantia de protecção dos credores.

Deste modo, o devedor consegue, embora de uma maneira controlada, manter o seu património seguro, mantendo relações mais saudáveis e promissoras com os seus credores.

2. O Penhor

2.1. *Caracterização enquanto garantia*

O penhor apresenta-se sobre a forma de uma garantia real¹, podendo encontrar-se as suas regras padrão previstas no Código Civil, nomeadamente no seu artigo 666.^o, embora a sua regulamentação esteja presente em diverso diplomas extravagantes² que o regulam em termos especiais. Esta garantia real encontra-se inserida nas garantias especiais das obrigações, representando uma verdadeira vantagem para o credor garantido, relativamente à garantia comum, que é atribuída pelo património do devedor.

Com a constituição de uma garantia especial o credor vê o seu crédito a ser pago preferencialmente em relação a outros credores comuns, especialmente devido ao facto de a garantia real atingir determinados bens do património do devedor. Neste sentido, deparamo-nos, com um afastamento ao princípio da igualdade dos credores, o qual estatui igualdade entre todos os credores. As garantias reais podem ainda ser constituídas quer pelo devedor, sujeito passivo da obrigação garantida, ou por terceiro. Importa igualmente referir que o penhor, enquanto garantia real de cariz negocial, tem sempre a sua origem num negócio jurídico.

Com a obtenção de uma garantia real o credor vê assegurado que o crédito será pago mesmo em caso de insolvência do devedor, reduzindo o risco de financiamento, que constitui igualmente uma vantagem para o devedor, de modo que adquire mais facilidade na obtenção de um crédito. Constitui uma séria vantagem o facto de o credor poder concentrar-se apenas no bem afecto à referida garantia. Deste modo, é de notar que as garantias reais constituem uma mais-valia para o devedor, uma vez que este consegue a concessão de

¹ CORDEIRO, MENEZES, “Direito Civil X”, pag.64,cit., “ O penhor é um direito real de garantia que incide sobre uma coisa móvel não sujeita a registo.

² Para o estudo do penhor temos de ter em conta as nomas do Código de Valores Mobiliários, o Código das Sociedades Comerciais, o Código Comercial, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o DL n.º 105/2004, de 8 de Maio, o DL n.º 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e o DL n.º 32 032, de 22 de Maio de 1942.

um crédito de forma mais fácil, resultando numa mais-valia para o credor, já que este vê o seu financiamento garantido, o que lhe trará maior segurança em relação aos restantes credores e menor probabilidade do seu crédito não ser pago.

Partindo do que foi dito anteriormente, o penhor enquanto garantia real, confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, com preferência sobre os demais credores, pelo valor do bem ou direito afecto àquela garantia. Pode-se muito bem chegar a esta conclusão recorrendo à noção de penhor presente no Código Civil no seu art.º 666º, nº.1, onde se pode ler: “O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro”.

Em suma, o direito de garantia do credor não incide sobre a totalidade do património do devedor, mas sim, sobre um bem ou direito afecto àquela garantia.

A definição de penhor ganha forma através de negócio jurídico bilateral³ celebrado pelo próprio devedor ou por uma terceira parte. Podemos, através desta definição, distanciar o penhor da hipoteca, uma vez que esta, para além de voluntária, pode também ser judicial ou legal. Importa desta forma acentuar que o penhor ao surgir sobre a forma de garantia real concede ao credor a segurança de que o crédito será liquidado com preferência sobre credores comuns. Esta garantia apenas se torna possível através da alienação do bem onerado, mesmo que se trate de uma caso de insolvência do devedor. Por outro lado, ao constituir em garantia determinado bem, torna-se mais fácil ao próprio a obtenção do crédito.

Resumindo, poderá considerar-se que as garantias reais surgem como um elemento mais seguro para o credor, já que este encontra a satisfação do seu crédito assegurada pela afectação de determinado bem.

³ Cfr. LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”

2.2. Características do Penhor

2.2.1. Noção e objecto

Numa primeira fase importa realçar a existência de dois tipos de penhor, que divergem de acordo com a sua incidência, mais aprofundadamente, sobre o objecto afecto à garantia. Será, assim necessário estabelecer uma diferenciação entre penhor de coisas e penhor de direitos.

No que confere ao penhor de direitos são aplicadas, com as devidas adaptações, as normas referentes ao penhor de coisas, em tudo o que não seja contrariado pela natureza especial do penhor, como reflecte o art. 679º do CC. Neste sentido, torna-se evidente a necessidade de aplicar, ao penhor de direitos, as disposições estabelecidas para o penhor de coisas que não venham contrariar a natureza especial, bem como as disposições características do penhor de direitos, previstas nos artigos 680º a 685º do CC.

Assim, podemos concluir que se torna possível considerar que existe diferenças entre os dois tipos de penhor enumerados anteriormente. De facto, a principal diferença entre o penhor de coisas e o penhor de direitos assenta, notoriamente, no objecto afecto à garantia. Verifica-se, assim, que, enquanto o penhor de coisas tem incidência sobre um bem corpóreo, o penhor de direitos tem incide directamente sobre um direito.

O penhor de coisas apresenta-se na forma de um contrato real *quoad constitutionem*, pelo que, para além do acordo estipulado pelas partes, é fundamental, segundo o artigo 669º nº1 do CC, a entrega da coisa ou de um documento que confira a exclusiva disponibilidade da coisa acordada ao credor ou a terceiros. Neste sentido, torna-se importante analisar o artigo 669º nº2 do CC, que soluciona o caso cuja respectiva atribuição negar ao autor do penhor a faculdade de dispor materialmente da coisa, estipulando nesse caso que a entrega da coisa estipulada em contrato, possa cingir-se à simples atribuição de composses ao credor.

Esta exigência de expropriação do autor do penhor garante a segurança do credor pignoratício, garantido que o autor do penhor não irá poder exercer qualquer ato sobre a coisa que a possa alterar, destruir ou que simplesmente resulte no seu desaparecimento. De facto, objectivo principal passa por preservar a existência e o valor da própria garantia.

É de notar que a tendência unanimemente adoptada na doutrina considera o penhor de direitos como garantia especial sobre direitos e não como um autêntico direito real. Desta forma, deparamo-nos com mais uma categoria englobada dentro das garantias especiais do cumprimento das obrigações, garantia essa que se consubstancia especificamente nas garantias especiais sobre direitos, onde se insere o penhor de direitos. Todavia, parte da doutrina, considera que o penhor de direitos se insere na categoria dos direitos reais, de natureza voluntária.

Em suma, seguindo o estipulado pelo artigo 680º do CC, os direitos que podem ser constituídos como objeto de penhor são aqueles que tenham por objeto coisas móveis e que sejam susceptíveis de transmissão, sobre a condição de cumprirem os requisitos gerais expostos no artigo 666º nº-1 do CC, ou seja, que não sejam hipotecáveis. Assim, exclui-se de partida os créditos a prestações ou a entrega de coisas imóveis, contrariamente ao que acontece com os créditos pecuniários, com especial relevância para aqueles garantidos por hipoteca.

No entanto, importa primeiro enumerar e explicar algumas características básicas do penhor.

2.2.2. Acessoriedade

Ao referir a acessoriedade como característica do penhor, importa referir que esta se manifesta no facto de o direito de garantia se encontrar numa situação de dependência relativamente ao crédito que visa garantir. Neste

sentido, sendo uma modalidade de garantia⁴ das obrigações, o penhor presume a existência de um crédito, ao qual é dependente/acessório. Para que a constituição do penhor seja bem-sucedida, é essencial que esteja afectada a um crédito válido e existente. Nos casos em que o crédito garantido se encontrar extinto à data da sua constituição ou vier posteriormente a ser considerado nulo, o penhor é considerado nulo.

O penhor é tido como elemento acessório do crédito que visa garantir, sendo assim, caso o crédito que visa garantir seja inexistente, a existência do penhor deixa de fazer sentido.

2.2.3 Indivisibilidade

Outra característica principal do penhor é a indivisibilidade, que resulta do princípio da acessoriedade, estipulada no art.º 696º do CC, aplicável ex vi art.º 678º do CC.

O penhor, em regra, é indivisível, garantindo a sua inteira existência sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, mesmo que a coisa ou o crédito seja dividido ou seja criado de forma parcial. De facto, podemos considerar o penhor como indivisível, uma vez que este abrange o bem na sua totalidade até ao momento em que o crédito seja cumprido na sua totalidade, não sendo desta forma suficiente que o crédito seja parcialmente pago para que o penhor seja considerado limitado.

Caso haja um pagamento de apenas parte da dívida, o penhor irá subsistir na sua totalidade até que seja cumprida a obrigação na totalidade. Por um lado, se o penhor incidir sobre duas ou mais coisas, a garantia irá incidir inteiramente sobre cada uma delas e não apenas parcelarmente em proporção do valor de cada uma delas. Esta situação repete-se no momento em que a coisa onerada pelo penhor for dividida em duas ou mais coisas distintas. Nesse momento, irá incidir inteiramente sobre cada uma das partes da coisa dividida.

⁴ CORDEIRO, MENEZES, “Direitos Reais”, pág.750, O autor refere-se ao penhor como sendo um direito real combinado, visto encontrar-se associado a um direito de crédito. Não é compreensível a sua existência sem a existência do direito de crédito

É revelante mencionar que, caso o crédito garantido seja dividido, qualquer um dos credores poderá exercer o poder de executar o seu crédito, por inteiro, sobre a coisa ou coisas oneradas.

No entanto, importa referir que não se trata de uma disposição estática nem de uma característica essencial, já que as partes podem renunciar ao regime mediante estipulação de convenção em contrário.

A partir dessa altura, tudo se resume ao facto de a coisa objecto de penhor conseguir garantir o cumprimento da obrigação na integra satisfação do credor e, além disso, no caso de o penhor incidir sobre diversas coisas móveis, o mesmo irá incidir directamente sobre cada uma delas, mesmo que algumas acabem por se extinguir⁵.

Neste momento é importante referir que o princípio da indivisibilidade atua em dois planos distintos, no qual o 1º plano, conhecido como plano do crédito garantido, que descreve o facto de o penhor permanecer indiferente à extinção parcial da obrigação ou à segmentação do crédito ou do débito; já no 2º plano, denominado por plano do bem vinculado, que defende que a subdivisão da coisa empenhada não obsta ao facto de que qualquer parte ou bem continuem vinculados a garantir a integralidade do crédito.

2.2.3. Especialidade

A Especialidade é uma característica que assenta essencialmente na ideia de que apenas podem ser cedidas como garantia coisas individuais/especiais, uma vez que não temos presente a figura do penhor genérico, que possibilite abranger todo o património mobiliário do devedor. Devido a esse facto, não é possível estabelecer um penhor que incida sobre todas as coisas que constituem o património do devedor.

Esta característica pretende, desta forma, impedir que a garantia incida sobre todos os bens do devedor, sendo por sua vez dados como garantia bens ou direitos não especificados. Para além disso, mesmo que a garantia incida

⁵ CORDEIRO, MENEZES, "Direito Civil X", pag.64,cit., " O penhor é um direito real de garantia que incide sobre uma coisa móvel não sujeita a registo.

sobre um bem ou direito específico, no crédito também deve ser determinado e indicado o montante em causa, caso se trate de um crédito pecuniário, ou seja, a garantia deve ser consistida sobre um bem específico e incidir sobre créditos específicos, de forma a estabelecer o montante máximo pelo qual o bem ou direito dado em garantia responde.

2.3. Regimes particulares do penhor

2.3.1. O penhor mercantil

O penhor mercantil encontra-se regulado pelo Código Comercial, mais concretamente no seu artigo 397º e seguintes. A figura do penhor mercantil surge quando a dívida a garantir precede de um ato mercantil.

Concedendo nesta altura relevância ao artigo 398 do Código Comercial, deparamo-nos com a possibilidade de a entrega do penhor poder funcionar apenas como um ato simbólico, que segundo o nº1 desse mesmo artigo pode ser celebrado por declaração ou verbas nos livros de quaisquer estações públicas onde existirem as coisas empenhadas, pela guia de transporte ou pelo conhecimento da carga dos objectos transportados, como dita o nº2 ou, segundo o nº3, pelo endosso da cautela de penhor dos géneros de mercadorias depositadas nos armazéns gerais.

Partindo com a ideia chave de que o penhor mercantil surgiu como uma ideia mais recente, ainda existe muitos factores a serem debatidos pela doutrina e pela jurisprudência. Uma dessas discussões assenta na dúvida se o penhor mercantil dispensa o desapossamento do autor do penhor.

Neste sentido, alguns autores como o Professor Doutor Menezes Leitão, defendem que o penhor mercantil não carece de desapossamento e que a entrega da coisa empenhada tem um cariz meramente simbólico.

Por sua vez, autores como o Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles e o Professor Doutor Filipe Cassiano dos Santos, acreditam que existe ligação entre o código comercial e o regime civil no que toca à constituição do penhor

mercantil, uma vez que, segundo o artigo 398º do Código comercial a entrega simbólica da coisa ao credor pignoratício envolve sempre o desapossamento do devedor, estando a entrega simbólica limitada aos casos previstos na lei.

Desta forma, parece correto afirmar que o penhor mercantil não exclui o desapossamento. De facto, ao analisarmos os casos de entrega simbólica previstos pelo artigo 398º do código comercial, é notória a proibição de que a coisa empenhada fique sob a alçada material do devedor, mesmo que este seja o seu fiel depositário.

O penhor mercantil foi alvo de ajustamentos, sendo que no dia 26 de Junho, foi aprovado o regime da apropriação do bem empenhado no penhor mercantil pelo Decreto-Lei n.º 75/2017, de 26 de Junho de 2017. Este Decreto enquadra-se no âmbito do Programa Capitalizar, programa estratégico de apoio à capitalização das empresas, à retoma do investimento e ao relançamento da economia. Estas medidas estavam previstas no pacote legislativo aprovado pelo Conselho de Ministros a 18 de maio de 2017.

Como já é do conhecimento geral, o Código Civil já admitia a possibilidade de que o bem dado como garantia recaísse sobre o domínio do credor. No entanto, não existia um processo especial que tornasse este facto possível. Assim, este Decreto-lei vem prever que, no âmbito de um contrato de penhor e mediante convenção das partes, em caso de incumprimento, seja concedido ao credor pignoratício o direito de apropriação sobre a coisa ou direito cedido em penhor – surgindo, desta forma a figura do “pacto marciano” - devendo, no entanto, ser respeitado o valor resultante da avaliação realizada após o vencimento, nos termos estabelecidos no contrato.

2.3.2. Penhor Financeiro

O Penhor financeiro apresenta-se sobre a forma de uma modalidade de contractos de garantia financeira. Esta modalidade do penhor, vê a sua matéria regulada pelo DEC.-Lei nº 105/2004, de 08 de Maio, resultante da transposição da Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/2002.

Esta Directiva acabou por ser alterada pela Directiva 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/2009.

O contrato de garantia financeira encontra a sua caracterização e consequente definição nos elementos previstos nos arts.º 3.º a 7.º do DEC.-Lei 105/2004 — sujeitos do contrato, objecto das garantias, necessidade de desapossamento e requisitos probatórios —, dos quais resulta a natureza financeira do acordo. Podemos afirmar, neste caso, que se trata de um conjunto de elementos comuns à alienação fiduciária em garantia e ao penhor financeiro (title transfer financial collateral arrangement e security financial collateral arrangement, respectivamente), que se distinguem, principalmente, pelo reconhecimento da esfera jurídica em que se encontra o direito de propriedade sobre o objecto da garantia. Neste caso em particular iremos apenas focar-nos no penhor financeiro, que surge nos casos em que propriedade se mantém na guarda do prestador da garantia.

Neste aspecto trona-se necessária a análise do art.º 2.º, n.º 2: “são modalidades de contractos de garantia financeira, designadamente, a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia.”.

É de notar que os contractos de garantia financeira apenas podem ser celebrados pelos sujeitos referidos no art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2005. De facto, as entidades listadas neste preceito são, em suma, instituições inteiramente ligadas ao sistema financeiro, incluindo bancos, sociedades financeiras, instituições de supervisão e entidades públicas.

Importa, no entanto, referir que o penhor financeiro, bem como a alienação fiduciária em garantia, apresenta-se sobre a forma de uma garantia acessória de uma obrigação financeira que, ao abrigo do art.º 4.º, designasse, justamente, como toda obrigação cuja prestação compreenda uma liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros.

O penhor financeiro poderá abranger tanto numerário como instrumentos financeiros, sendo que as duas expressões se encontram reguladas nas alíneas do art.º 5.º. Assim sendo, o numerário irá representar “o saldo

disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confirmam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário” (al. a)). Por sua vez, os instrumentos financeiros, segundo a alínea b), são descritos como “valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos”.

Tendo como base o referido anteriormente, apenas os contractos que detenham as características dos sujeitos presentes no art.º 3.º, do objecto e da obrigação garantida serão contractos de garantia financeira. Caso tal não aconteça, não poderá haver um contrato de garantia financeira, mas sim, um qualquer outro contrato.

Desta forma, terá de ser necessário recorrer às regras gerais de constituição de garantias reais, mais propriamente, ao art.º 1306.º do CC, que se refere ao princípio da tipicidade dos direitos reais, na medida em que todas as restrições e limitações ao direito de propriedade que não se encontrem directamente relacionadas com os direitos de natureza real, taxativamente previstos na lei, devem ser compreendidas como direitos de natureza obrigacional. Por sua vez, esta situação não afasta o recurso ao art.º 293.º do Código Civil, que permite a conversão do negócio celebrado pelas partes num diferente direito real de garantia, mais propriamente num penhor de instrumentos financeiros.

É de notar que, caso um sujeito individual pretender identificar-se como prestador de uma garantia financeira a favor de uma instituição de crédito, transferindo um determinado número de valores mobiliários, este negócio não poderá obter a designação de penhor financeiro, podendo apenas ser designado de penhor de valores mobiliários, mediante a condição de que sejam respeitadas as normas estipuladas no Código de Valores Mobiliários (CMVM), Código das Sociedades Comerciais e Código Civil

Um dos temas que requer a nossa total atenção quando nos referimos ao tema do penhor é sem sombra de dúvidas, o Desapossamento. Para que os contractos de garantia financeira possam ser correctamente celebrados, o bem que constitui o objecto da garantia tem de ser, segundo o citado no n.º1 do art.º

6.º, “efectivamente prestado”, isto é, “entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composses ou o controlo conjunto com o proprietário” (n.º 2 do mesmo preceito). Podemos desta forma concluir que os contractos de garantia financeira são reais quanto aos efeitos e quanto à constituição.

O desapossamento é, deste modo, compreendido na sua acepção funcional, ou seja, o que se compreende é que a disponibilidade do bem seja retirada ao devedor, ao mesmo tempo que se dá publicidade à garantia, como se pode comprovar pela análise do artigo nono da Directiva: “a fim de limitar as formalidades administrativas a cumprir pelas partes que utilizam a garantia financeira (...) a única condição de validade susceptível de ser imposta pelo direito nacional relativamente à garantia financeira deve ser a entrega, a transferência, a detenção, o registo ou a designação dos títulos fornecidos a título dessa garantia por forma a que estejam na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome do beneficiário da garantia, não excluindo técnicas de garantia que permitam ao prestador da garantia substituir a garantia ou retirar o seu excedente”.

Uma questão considerada válida neste momento, é a de saber se ao recorrermos aos trâmites do Decreto-Lei n.º 105/2004, que parece aceitar o desapossamento, poder-se-á concluir se as regras de constituição da garantia pignoratícia, por comparação com o que se exige no penhor de valores mobiliários, foram atenuadas?

Pela análise do art.º 81.º do CMVM, o penhor sobre valores mobiliários escriturais adquire uma forte dependência face ao registo na conta do titular dos valores mobiliários, necessitando de indicação da quantidade de valores mobiliários dados em penhor, da obrigação garantida bem como da própria identificação do beneficiário (n.º 1) mesmo no caso que seja possível admitir que o penhor seja constituído por registo em conta do credor pignoratório, quando o direito de voto lhe tenha sido atribuído (n.º 2).

No caso específico dos valores mobiliários titulados, a constituição do penhor acarreta o cumprimento das mesmas regras estabelecidas para a

transmissão (art.º 103.º CMVM), isto é, o penhor sobre valores mobiliários constituídos com título ao portador baseia-se pela entrega do título ao credor ou ao depositário indicado (art.º 101.º CMVM). Por último, o penhor sobre valores mobiliários titulados nominativos constitui-se por declaração do empenhamento, no título, a favor do credor, seguida de registo junto do emitente ou do intermediário financeiro que o represente (art.º 102.º CMVM).

Estes preceitos são vistos como manifestação do desapossamento típico das garantias possessórias, uma vez que o seu principal objetivo é impedir a transmissão da coisa onerada, pondo em causa a garantia do credor pignoratício, ao mesmo tempo que se difunde o encargo. Neste aspecto, é possível afirmar que os preceitos estabelecidos por estas normas da CMVM não deixam de ter de ser obedecidas pelos sujeitos referidos no art.º 3.º, caso pretendam celebrar um acordo de garantia financeira, uma vez que estas normas servem de garantia de que uma eventual tentativa de alienação pelo devedor ficará impossibilitada.

Esta situação resulta do facto de o respectivo título não poder ser entregue ao adquirente, já que o seu detentor é o credor pignoratício. Assim sendo, torna-se impossível o registo na conta do adquirente de valores mobiliários justamente porque os valores mobiliários escriturais se encontram previstos na conta do credor pignoratício ou, simplesmente porque na conta do alienante o penhor encontra-se inscrito a favor daquele.

Partimos assim da conclusão de que, sem desapossamento, não é possível a existência de penhor, uma vez que o Decreto-Lei n.º 105/2004 apresenta como excepção a aplicação do princípio da consensualidade presente no art.º 408.º do Código Civil. Põe-se no entanto a questão de se não existirá qualquer ligação entre as partes. Acredita-se, no entanto, que esta situação resulta da existência de diversos preceitos presentes no Decreto-Lei n.º 105/2004, no qual se pode observar um persistente tratamento simultâneo e paralelo entre o contrato de garantia financeira e a prestação da garantia.

Começando pela análise do art.º 6.º, n.º 1, depreende-se que “o presente diploma é aplicável às garantias financeiras cujo objecto tenha sido efectivamente prestado”, sendo que aparenta haver algum elemento que ligue

as partes entre si antes do desapossamento, pelo que será deste que resultam os efeitos descritos no Decreto-Lei n.º 105/2004. Por seu termo, no art.º 7.º, n.º 1 constata-se que “o presente diploma é aplicável aos contractos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito”. No art.º 8.º, n.º 1 depreende-se que “sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e de prestação de uma garantia financeira não dependem de realização de um qualquer acto formal”. No entanto, os artigos que revelam uma justificação mais forte são os artigos 17.º e 18.º.

Começando pela análise do n.º 1 do artigo 17.º, “os contractos de garantia financeira celebrados e as garantias prestadas ao abrigo desses contractos não podem ser resolvidos pelo facto de o contrato ter sido celebrado ou a garantia prestada: a) no dia de abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento, desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente; b) num determinado período anterior definido por referência i) à abertura de um procedimento de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento; ii) à tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas.”.

Perante esta leitura consideramos ser possível concluir-se que, quer se trate de um contrato sem desapossamento, ou de um contrato com desapossamento, o beneficiário da garantia encontra uma maneira de fazer face ao processo de insolvência e às medidas de saneamento.

Por último, no artigo 18.º, n.º 2, este sentimento de protecção do beneficiário baseado na boa-fé encontra-se condicionado aos “contractos de garantia financeira celebrados e garantias financeiras prestadas após a abertura de processos de liquidação e a adopção de medidas de saneamento”, ou seja, esta condição aplica-se aos contractos celebrados após aqueles processos e medidas, mesmo que ainda não tenha havido prestação da garantia.

Como já referimos anteriormente, o Decreto-Lei n.º 105/2004 abrange três modalidades distintas de penhor financeiro. Sendo de notar que as particularidades essenciais encontram-se delimitadas nos arts.º 3.º a 7.º, sendo que as partes podem simplesmente garantir a celebração de um contrato de penhor financeiro, podendo, nesse sentido, incluir uma cláusula que conceda ao credor um direito de disposição ou podem unicamente, adicionar ao penhor financeiro um pacto comissório.

Partindo agora da análise do art.º 11º, que regula deste modo o referido “pacto comissório”, permitindo-nos aferir no n.º 1, que, “no penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seus os instrumentos financeiros dados em garantia: a) se tal tiver sido convencionado pelas partes; b) se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros.”. O assunto discutido na referida alínea b) não afecta, de nenhum modo, qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira, nem ao cálculo das obrigações financeiras garantidas, como podemos aferir pela leitura do n.º 3. Não obstante, ao exercer o direito previsto no n.º 1, segundo o seu n.º2, “o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas”.

O consentimento do pacto comissório tem sido visto como um dos aspectos mais progressistas decorrentes do Decreto-Lei n.º 105/2004, não deixando, por esse motivo, de ser reconhecido pelo legislador como uma forma de aceitação do pacto comissório, como um desvio da regra presente no artigo 694.º do Código Civil.

Deste modo, desde que aceite o acordado pelas partes sobre a forma de apreciação dos instrumentos financeiros dados em garantia, é excepcionalmente permitido que o beneficiário execute a garantia por apropriação do objecto, vendo-se obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante em dívida.

Pode-se neste caso afirmar, com base no art.º 9.º, n.º 1, que este faz referência ao facto de se admitir que o beneficiário da garantia pignoratícia seja considerado detentor do direito de disposição sobre a mesma. Este facto encontra-se previsto no n.º 2, de maneira que, ao beneficiário são concedidos “os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário”.

Este direito de disposição é, de acordo com a legislação portuguesa, concedido ao credor com o objectivo de “aumentar a liquidez dos respectivos mercados”, concedendo este direito ao credor, o que permite estimular a circulação de títulos no mercado, com consecutivas vantagens quer para o financiador quer para o financiado.

Tendo como base o Direito Português, é evidente, através da análise do art.º 666.º do CC, que confere ao credor o direito de ver cumprida a satisfação do seu crédito e juros, garantindo preferência sobre os restantes credores, pelo valor de determinada coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, que pertencem ao devedor ou a terceiro. De facto, no art.º 670.º Código Civil encontram-se enumerados os direitos do credor pignoratício, não se fazendo qualquer alusão à hipótese de fazer uso da coisa.

Por sua vez, no artigo seguinte faz-se alusão às obrigações do credor referentes à guarda e conservação da coisa empenhada, como evidenciado na alínea a) do mesmo artigo. Pode assim afirmar-se que o credor pignoratício não pode, neste caso fazer uso do objecto de garantia em detrimento próprio, com excepção dos casos previstos na lei.

Em suma, o regime geral do penhor regula toda a esfera jurídica de direitos e deveres do credor pignoratício, respeitantes à coisa enquanto objecto de penhor. Não obstante a esse facto, após análise aprofundada da legislação, é notório que o legislador também aceita seja concedido ao credor propositadamente um verdadeiro direito de uso da coisa, podendo de certo modo afirmar-se que, perante determinado acordo, o credor pignoratício poderá utilizar a coisa antes mesmo da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 105/2004.

Neste sentido, importa afirmar que não faz parte do leque de direitos de uso, o direito de alienar ou de onerar a coisa empenhada, já que o “direito de uso”, constitui uma expressão de cariz técnico, que se refere unicamente ao direito de desfrutar das vantagens originadas pela coisa, pelo que, o credor pignoratício não está, de modo algum, autorizado a fazer uso da coisa, transgredido desse modo o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Finalmente, ao aprofundar-nos o tema referente à natureza jurídica do penhor financeiro em comparação com o penhor civil, considera-se certo afirmar neste propósito que as semelhanças entre o penhor financeiro e o penhor comum não são suficientes para os colocar num mesmo patamar, na medida em que se considera certo afirmar que se trata aqui de um novo direito real de garantia, a juntar à lista dos restantes existentes no Código Civil. Acredita-se num sentido mais lato estar simplesmente perante um novo regime especial do penhor.

Como já analisámos, caso o credor pignoratício financeiro não exercer o seu direito de disposição terá de ceder os instrumentos financeiros, que pertencem à propriedade do devedor, como forma de evitar reivindicação, caso o devedor cumpra a obrigação financeira garantida, ou no caso de ser, deste modo, confrontado com o incumprimento, terá a possibilidade de executar a garantia. Sendo assim, a situação será semelhante caso opte, não havendo, evidentemente, direito de apropriação ou acordo de compensação, por alienar ou onerar os instrumentos financeiros empenhados. Neste sentido, mesmo que, neste segundo caso, a situação adquira um cariz de maior complexidade, o certo é que, no momento do vencimento da obrigação garantida as posições do credor e do devedor terão de ser equivalentes às de anteriormente, como se o direito de disposição nunca tivesse sido exercido.

Sendo assim, podemos afirmar que o devedor é proprietário de um determinado bem, desde o momento da celebração do acordo de garantia financeira, e, por sua vez, o credor é titular do direito de executar esse bem como forma de se proteger perante um possível incumprimento da obrigação garantida, desde o momento em que se celebra o acordo de garantia financeira e mesmo que a coisa empenhada não esteja mais sobre a alçada do devedor.

Em suma, o credor é titular de um direito que lhe concede o direito de ver o seu crédito satisfeito com preferência sobre os demais credores, pelo valor de coisa móvel pertencente ao devedor, ou a terceiro, evidenciando-se desta forma o descrito no art.º 666.º do Código Civil.

O facto de, antes do momento do vencimento, ter sido detentor do poder de dispor da coisa, não altera a natureza jurídica do direito. Essa situação não será por seu modo diferente se houver pacto comissório, uma vez este é apenas um modo para a execução da garantia, previsto pelas partes.

Acredita-se, neste sentido, que o penhor financeiro aliado a um direito de disposição funciona como uma garantia real pignoratícia, de facto, o penhor, mesmo antes do Decreto-Lei n.º 105/2004, já se encontrava representado por uma multiplicidade de regimes especiais.

3. Processo de Insolvência

3.1. Características Gerais

3.1.1. Explicação introdutória

Neste ponto, torna-se essencial especular o papel do regime do penhor perante um caso de possível insolvência. Sendo assim, é necessariamente importante analisar as duas perspectivas, ou seja, quer por parte do devedor, quer por parte do credor do crédito garantido.

Primeiramente, será fulcral que nos foquemos nos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso, mais especificamente nos créditos garantidos por penhor, bem como os seus efeitos sobre os créditos da insolvência, dando foco aos créditos garantidos por penhor. Para que este “estudo” seja possível, é necessário ponderar, num carácter mais abrangente os efeitos da declaração de insolvência sobre os variados negócios em curso, bem como em todos os créditos da insolvência. Nesta perspectiva, tornar-se-á possível compreender as consequências resultantes da existência de negócios e créditos garantidos com penhor.

É igualmente importante, ter em conta a questão da possível ou não execução do penhor, por parte do devedor do crédito garantido, perante uma declaração de insolvência.

A partir desta averiguação tornar-se-á necessário questionar sobre a possibilidade de executar o bem empenhado mesmo após a declaração de insolvência do prestador da garantia.

Por fim, iremos debater-nos com a questão de saber se, mesmo perante um caso de insolvência do devedor, será possível recorrer ao instituto da compensação com o objectivo fulcral de compensar os créditos recíprocos existentes.

3.1.2. O Processo de Insolvência no Ordenamento Português

Como fonte introdutória, importa referir que o instituto da insolvência se encontra vigente em Portugal desde a época das Ordenações Afonsinas, sendo primordialmente designado de quebra, tendo mais tarde recebido a designação de falência.

A História da “falência” em Portugal encontra-se dividida em duas fases distintas. A primeira fase iniciou-se com a inclusão da matéria da falência, no código Comercial de 1833, tendo-se prolongado até à entrada em vigor do terceiro código de processo civil. Neste momento, tornou-se possível aqui distinguir dois subperíodos, concedendo um maior destaque para o código de processo civil de 1939, uma vez que este adquiriu um papel de destaque na modernização do regime da falência tendo-se prolongado por um longo período de tempo.

Antes do Código de Processo Civil de 1939, sentia-se uma acentuada instabilidade legislativa no que respeitava ao tratamento global da falência⁶. Foi, no entanto, com o Código de Processo Civil de 1961, que se deu início a uma nova fase, na medida em que foram criados os primeiros elementos do sistema de falência-saneamento, que vigoraram até à entrada em vigor do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, denominado de CIRE.

Contudo, nessa fase, torna-se possível proceder à distinção de três fases, que ficaram marcadas pela existência de um importante e progressivo regime que concedeu maior ênfase à recuperação das empresas.

A primeira fase inicia-se com a entrada em vigor do código processo civil de 1961, até pouco tempo após o movimento revolucionário de 1974, marcado pelo aparecimento de diversos diplomas legais que instauraram uma via administrativa de recuperação das empresas.

Foi, no entanto, com o Código Comercial aprovado pelo Decreto de 18 de Setembro de 1833, mais especificamente Código Ferreira Borges, que adquiriu o nome do seu criador, que se vê pela primeira vez regulada a matéria

⁶ Cfr. Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Direito da Insolvência, 2ª Edição Almedina, 2012

da falência⁷. Este Código permitia que o devedor travasse a liquidação do seu activo, após a declaração de falência, através da obtenção de uma concordata que dependia da aceitação de uma maioria de dois terços dos credores que, por sua vez, deveriam representar três quartos dos credores comuns.

Mais tarde, o regime implementado pelo Código Ferreira Borges, sofreu pequenas alterações, tendo sido substituído pelo Código Comercial de 1888 (Veiga Beirão). Este Código, por sua vez, admite a possibilidade da suspensão do processo de falência em qualquer fase, por meio de concordata, regulada ao abrigo do artº.730º, no seu Parágrafo 2º. Importa salientar, que ambas as figuras estavam sujeitas a homologação pelo tribunal.

Foi em 1935 que foi publicado, pelo Decreto-Lei nº 25918, de 26 de Outubro, o novo Código das Falências. Por sua vez, quatro anos depois, deu-se uma junção de todo o processo civil e comercial no Código de Processo Civil de 1939, tendo, desta forma, ficado incluído neste código, o Código das Falências. É de salientar, que a noção de falência sanção ainda se encontra hoje em dia representada no Código de Processo Civil, no seu artigo 1280º, agora em vigor. Este mesmo artigo vem por sua vez estipular, que compreende ao juiz de falência instruir um processo-crime por falência fraudulenta.

O Decreto-Lei nº29637, de 28 de Maio de 1939, que veio aprovar o Código de Processo Civil, revogando, por sua ordem, o Código das Falências de 1935, distinguia o instituto da falência e insolvência, pressupondo “meios preventivos ou suspensivos da falência”. Desta forma, os três meios que viriam actuar para amenizar as consequências resultantes do processo de falência, que poderiam ser requeridos quer pelo devedor quer pelos seus credores eram a Concordata, o Acordo de Credores e a Moratória.

Iniciando pela definição de concordata (1236º e ss), poderia designar-se que esta permitia a existência de um pagamento parcelar dos créditos, no qual era sempre exigida uma maioria absoluta dos credores, pelo que estes teriam de representar dois terços dos créditos, tendo, por sua vez, o valor a pagar de ser igual ou superior a 50 %. Caso esse valor fosse inferior, o valor dos créditos representados deveria ser de três quartos.

⁷ Cfr. Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Direito da Insolvência, 2ª Edição Almedina, 2012, pp.52

O acordo de credores (artigo 1286 ° e ss.) por sua vez, vinha permitir que os credores que aceitassem o acordo estipulado pudessem constituir uma sociedade por quotas, com a possibilidade de futura admissão de outros indivíduos. Importa igualmente salientar que, o capital da sociedade deveria ser formado pelos respectivos créditos e, caso existisse, pelas entradas de terceiros. O acordo deveria ser aceite pela maioria absoluta dos credores comuns, que se encontravam representados por dois terços desses créditos.

Por último, a moratória (artigo 1297 ° e ss.), poderia ser compreendida pela simples estipulação de um prazo de pagamento aos credores comuns. A duração desse prazo encontrava-se restringida a não exceder três anos⁸. Para que tal fosse possível, era obrigatória a aceitação da maioria dos credores, que, por sua vez, teriam de representar dois terços dos credores quirografários, no caso de o prazo de pagamento ser de um ano, no caso de um prazo de pagamento superior teria de haver representação de três quartos.

Por sua vez, no Código do Prof. José Alberto dos Reis encontravam-se distintamente abrangidos dois processos especiais: o de falência (arts.1135º a 1354º) e o de insolvência civil (arts.1355º a 1368º). Estes dois processos tratavam de matéria ligada à liquidação do património do devedor em benefício dos credores. A distinção entre estes dois processos resultava da simples diferenciação entre devedores comerciantes e não comerciantes.

Resumidamente, a falência tinha como principal objectivo garantir a liquidação do património do devedor com título de comerciante, enquanto a insolvência detinha no seu cerne, a missão de permitir a liquidação do património do devedor sem título de comerciante.

Com o Código de Processo Civil de 1961, aprovado pelo Decreto-lei nº44.129 de 28 de Dezembro de 1961, deparamo-nos com um novo ideal marcado por uma fase denominada de falência saneamento. Este termo, resulta do facto de se ter chegado à conclusão de que, em caso de falência, não existiam apenas dois sujeitos distintos. Esta situação resultava, na maioria das vezes resultava na criação de desequilíbrios económicos resultantes da liquidação do património do falido, já que, existiam terceiros, que mesmo não

⁸ Cfr. Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Direito da Insolvência, 2ª Edição Almedina, 2012, pp.52

sendo credores, como é título de exemplo, trabalhadores, instituições de crédito, investidores e empresários, que poderiam ver os seus interesses resolvidos através da recuperação da empresa.

Este conceito de falência saneamento, veio, de certa forma, identificar diferenciar quais os agentes económicos cumpridores merecedores de uma oportunidade dos agentes económicos desonestos, que não mereciam apoio legal á recuperação.

Mais tarde, com o início do período revolucionário em 1974, e face à situação de crise económica e financeira, as primeiras acções tomadas basearam-se na recuperação de empresas, apostando principalmente nas empresas em situação económica difícil. A atenção concedida ao saneamento de empresas com dificuldades económico-financeiras, declaradas economicamente inviáveis constava desde o princípio no Decreto-Lei n.º864/76, que tratava igualmente matérias de índole laboral.

Foi com o decreto de 1977 que as primeiras medidas que pretendiam fazer face e superar a difícil situação económica das empresas, obrigou á criação de uma proposta de contrato de viabilização, a celebrar com as instituições de crédito, credoras.

Foi devido a esses contractos, que surgiu a possibilidade de alcançar um verdadeiro conceito de saneamento financeiro das empresas, resultante da concessão, pelas instituições de crédito, de alguns benefícios. Desta forma, durante a vigência destes contractos, deixou de ser possível a declaração de falência das empresas que apresentassem uma situação económica desfavorável.

Foi, no entanto, com a retirada da regulamentação da insolvência do Código de Processo Civil do Prof. José Alberto dos Reis e com a posterior reforma de 1961, que o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado em 1993 e revisto em 1998 adquiriu um papel de relevo. O CPEREF concedia um relevo especial à recuperação das empresas em prejuízo da insolvência, vista neste sentido como último recurso após se esgotarem todas as medidas de recuperação reguladas por esse diploma.

O dito processo de recuperação, tal como se encontra regulado no Relatório do Diploma Preambular que aprovou o CPEREF (DL nº 132/93, de 23 de Abril), apenas adquire fundamento quando o comerciante ou a sociedade comercial devedora, apresentem sinais visíveis de possível recuperação económica. Por essa mesma razão, foram criados os pressupostos imprescindíveis para a recuperação.

Mais tarde, na década de noventa, como resultado da liberalização dos mercados financeiros, surge na Europa, resultado do sucesso que desencadeou nos EUA, o crédito ao consumo. No entanto, como resultados do inevitável agravamento da situação económica mundial, que teve um enorme impacto na economia, marcada por um forte aumento de desemprego, começam a surgir sérios desequilíbrios orçamentais que tiveram impacto em várias famílias. Foi esta situação que serviu de marco ao recurso a créditos ao consumo para solver outros créditos não cumpridos, resultando na criação do conceito de sobreendividamento.

Antecipando estas situações de recuperação de pessoas singulares, em 2004 é aprovado o (CIRE), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, pelo DL nº53/2004, de 18 de Março, com as alterações do DL nº200/2004, de 1 de Agosto, que o republicou, tendo posteriormente sido alterado pelo do DL nº76-A/2006, de 29 de Março, pelo DL nº282/2007, de 7 de Agosto, e pelo DL nº116/2008, de 4 de Julho, e do DL nº 185/2009, de 12 de Agosto.

Recorrendo, desta forma à análise do artº.1º do CIRE, o único processo viável para este documento é a insolvência, pelo que a recuperação surge apenas como uma das suas finalidades, apresentando-se como alternativa à liquidação por meio de um plano de insolvência para pessoas colectivas ou pela elaboração de um plano de pagamentos para pessoas singulares. Desta maneira, o processo deixa de ter como resultado principal a recuperação da empresa, passando a ter como único fim a satisfação dos credores.

Importa salientar que o facto de o CIRE se focar essencialmente na satisfação dos credores não obsta, todavia que esta satisfação seja uma

consequência da recuperação da empresa, recorrendo a um plano de insolvência.

É relevante indicar a existência de pontos, considerados positivos, que separam o CPEREF do CIRE, uma vez que no primeiro, o processo, embora uno, iniciava-se pela tentativa de resolver os problemas empresariais através de uma das medidas de recuperação que previa, contrariamente no CIRE, a recuperação é encarada através de um plano de insolvência, sendo o plano de recuperação apenas possível após a declaração de insolvência.

Foi perante um clima marcado por uma forte instabilidade económica que surge a Lei n.º 16/2012 de 20 de Abril, que resulta na sexta alteração do CIRE, com o objectivo de simplificar as formalidades e procedimentos e instaurando o processo especial de revitalização (PER).

Resumidamente, considera-se correto afirmar que, no direito da insolvência em Portugal, é possível proceder-se à distinção de três fases, tendo a primeira início com o Código Comercial de 1833 e vai até ao Código de Processo Civil de 1961, marcada pelo sistema de falência-liquidação.

A segunda fase, que se situa entre o Código de Processo Civil de 1961 e o CPEREF, marcada pela criação um sistema de falência-saneamento. Por último, uma terceira fase, que se inicia com o CIRE e que retoma o sistema de falência-liquidação.

3.2. Efeitos da declaração de insolvência

Perante um clima marcado pela instabilidade e pelo crescente aumento dos processos de insolvência em Portugal, considera-se estritamente necessário reconhecer os efeitos que a declaração de insolvência tem nos negócios do insolvente.

Os efeitos da declaração de insolvência encontram-se regulados no título IV do Código da Insolvência e da Recuperação de empresas (CIRE), no seu artigo 147.º a 174.º.

Numa primeira fase, importa distinguir os efeitos, baseando-nos no âmbito temporal dos negócios ou relações do insolvente, tendo como

referência a data da declaração de insolvência. Neste sentido, podemos seguramente proceder à divisão em negócios anteriores, concomitantes e posteriores.

3.2.1. Negócios em curso

Tendo em foco os negócios em curso existentes à data da declaração de insolvência⁹, o princípio geral para este tipo de negócios, consta do disposto no art.º 102.º do CIRE, segundo o qual, perante qualquer contrato bilateral que não careça, à data da declaração, de total cumprimento quer pelo insolvente, quer pela outra parte, considera-se o seu cumprimento suspenso até que o administrador da insolvência decrete a sua execução ou recuse o cumprimento.

No entanto, o que consta no art.º 18.º, n.º1 do DL 105/2004 é que os contractos de garantia financeira “produzem efeitos nas condições e termos convencionados” apesar da existência de um processo de liquidação ou de adopção de medidas de saneamento.

Esta situação não é taxativa, uma vez que, segundo o art.º 19.º do DL, o caso muda de figura quando os contractos de garantia financeira tenham sido celebrados intencionalmente em detrimento de outros credores.

Neste momento, iremos desde já focar-nos no que toca ao que pode ou não ser acordado entre as partes. Desta forma, no que diz respeito ao penhor financeiro, importa referir a possibilidade de o contrato conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objecto da mesma.

Nos artigos que se seguem, o legislador conjectura um conjunto de outros efeitos especiais sobre situações particulares que se podem validar quanto aos negócios em curso. Neste ponto, encontram-se previstos os casos de prestações indivisíveis (art.º 103º), venda com reserva de propriedade e

⁹ 2 Art.º 47º do CIRE – Conceito de credores da insolvência e classes de créditos sobre a insolvência. N.º 1 “Declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes na massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio.” N.º 2 “Os créditos referidos no número anterior, bem como os que lhes sejam equiparados, e as dívidas que lhes correspondem, são neste Código denominados, respetivamente, créditos sobre a insolvência e dívidas de insolvência.”

operações semelhantes (art.º 104º), venda sem entrega (art.º 105º), promessa de contrato (art.º 106º), operações a prazo (art.º 107º), locação em que o locatário é o insolvente e locação em que o insolvente é o locador (art.º 108º e 109º), contractos de mandato e de gestão (art.º 110º), contrato de prestação duradoura de serviço (art.º 111º), procurações (art.º 112º), insolvência do trabalhador (art.º 113º), prestações de serviço pelo devedor (art.º 114º), cessão e penhor de créditos futuros (art.º 115º), contas correntes (art.º 116º), associação em participação (art.º 117º), e agrupamento complementar de empresas e agrupamento europeu de interesse económico (art.º 118º).

Para terminar, é ainda tido em referência o art.º 119º, segundo o qual, todas estas normas são imperativas, não podendo ser excluídas por convenção das partes.

Através da análise dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, encontra-se ainda uma alusão ao facto de proibição do funcionamento da insolvência como condição resolutiva dos negócios ou como facto gerador de um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia, o que não impede que a situação de insolvência possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia em atenção à natureza e conteúdo das prestações contratuais.

3.2.2. Quanto aos créditos sobre a insolvência

Focando-nos no tema relativo a créditos sobre a insolvência, podemos desde já referir-nos a créditos cujo fundamento existe à data da declaração de insolvência, surgindo, deste modo como efeitos da declaração da insolvência, o vencimento imediato das dívidas e consequente cálculo de juros, o direito de compensação, a extinção de privilégios creditórios e garantias reais e a concessão de privilégio ao credor requerente.

Tendo por base este facto, pode-se concluir pela análise do art.º 91º do CIRE que a declaração de insolvência surge como um ponto fulcral para determinar o vencimento de todas as obrigações do insolvente que não se encontram subordinadas a uma condição suspensiva.

Relativamente aos juros, parte-se do princípio de que irão continuar a ser debitados sob a forma de “créditos subordinados”. Pode, desta forma concluir-se que os juros, mesmo perante uma declaração de insolvência, continuam a contar, sendo, por sua vez, graduados sob a forma de créditos subordinados.

Importa referir que a declaração de insolvência não faz cessar a contagem de juros, sendo no entanto importante referir que, no que diz respeito às obrigações ainda não exigíveis à data da declaração de insolvência, segundo as quais não fossem reconhecidos juros remuneratórios, ou fossem simplesmente reconhecidos juros inferiores à taxa de juros legal, nestes casos em concreto, perante a existência de vencimento antecipado da obrigação, resultante da declaração de insolvência, deverá reduzir-se para o montante que corresponderia ao valor da obrigação em causa.

Neste sentido, é de notar que a partir deste momento, o objectivo primordial passa por evitar que o credor seja favorecido com o vencimento antecipado da obrigação, pelo que se opta por originar uma correspondência entre o montante da obrigação da data do vencimento antecipado com o montante da data de vencimento normal.

Focando-nos agora na análise do art.º 97º do CIRE, que vem determinar que tanto os privilégios creditórios gerais como os especiais, considerados acessórios de créditos sobre a insolvência, cujos titulares sejam o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, que sejam constituídos ou vencidos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência se extinguem com a declaração de insolvência.

Após uma análise detalhada sobre a matéria tratada nesses artigos, é deveras notório, o facto de que apenas se mantêm conservados os privilégios relativos a créditos mais recentes, levando neste sentido à extinção dos mais antigos. Por essa mesma razão, considera-se que os credores devem ser zelosos requerendo desde logo a insolvência do devedor, uma vez que, deste modo, têm maior probabilidade de verem os seus créditos privilegiados.

No que respeita às hipotecas legais acessórias aos créditos das mesmas entidades, também se encontra estipulado que estas apenas

enfrentam um processo de extinção com a declaração de insolvência se forem registadas antes dos dois meses anteriores ao início do processo de insolvência. Com esta situação, fica notória a importância de assegurar que as entidades forneçam o registo logo que constituam a hipoteca legal, de forma a evitar o risco de extinção.

Esta situação é semelhante ao que acontece com as garantias reais sujeitas a registo, nos casos em que o mesmo não se tenha verificado, ou, simplesmente, que não tenha sido requerido. Nestes casos, também se verifica a sua extinção perante uma declaração de insolvência.

No que concerne ao direito de compensação, que se encontra regulado pelo art.º 99º do CIRE, é seguro afirmar que nos encontramos perante um caso de compensação condicionada, uma vez que esta só se torna possível caso se encontrem previstos e cumpridos pelo menos um dos requisitos estabelecidos na alíneas do n.º 1 do referido artigo. Por sua vez, no n.º 4 do mesmo artigo, encontram-se previstas situações em que não é admissível a compensação de créditos sobre a insolvência com dívidas à massa após a declaração de insolvência.

3.2.3. Negócios em curso garantidos por penhor

Como já foi referido anteriormente, a regra que vem regular os casos referentes aos negócios não cumpridos à data da declaração de insolvência, tem por base o facto de que o seu cumprimento fica suspenso aguardando uma decisão do administrador da insolvência, no qual irá optar pela execução ou recusa do seu cumprimento, como podemos verificar pela análise do art.º 102º do CIRE.

Importa referir, no entanto, que esta regra não tem aplicação no caso dos negócios em curso à data da declaração de insolvência, garantidos por penhor, uma vez que, nesse momento, a entidade financiadora já terá efectivado o financiamento. Neste caso, é possível verificar que à data da declaração da insolvência, pelo menos uma das partes já deu início à execução

do contrato, pelo que o seu cumprimento já não ficará suspenso até decisão do administrador da insolvência, uma vez que já se encontra realizado.

No entanto, tendo por base o art.º 107º do CIRE, surgem questões sobre o melhor procedimento a seguir em caso das operações a prazo, previstas. Nestes casos, o devedor, apenas tem direito ao pagamento da diferença entre o preço ajustado e o preço de mercado do bem ou prestação financeira, no segundo dia posterior à data da declaração da insolvência, em relação a contractos com a mesma data ou prazo de cumprimento.

3.2.4. Créditos sobre a insolvência, nomeadamente créditos garantidos por penhor

Como já foi mencionado anteriormente, a declaração de insolvência tem por sua base o papel fundamental de determinar e evidenciar o vencimento imediato de todas as obrigações do insolvente, que não se encontrem submetidas a uma condição suspensiva. Esta situação é idêntica ao que acontece com as obrigações garantidas por penhor, sendo que estas se extinguem de imediato com a declaração de insolvência. Neste caso, é igualmente aplicado, o cálculo especial quanto à contagem dos juros, para os casos, previstos no n.º 2 a 7 do art.º 91.º do CIRE, segundo o qual a obrigação garantida não é exigível à data do vencimento.

Deste modo, apesar da declaração de insolvência, o penhor dado em garantia de créditos mantém-se. No entanto, este facto não será igual nas situações previstas pelo art.º 97º n.º1 al. e) do CIRE, uma vez que as garantias reais sobre bens que compõe a massa insolvente acessória de créditos considerados subordinados (previstos pelo legislador no art.º 48º alíneas. a) a g) do CIRE) cessam com a declaração de insolvência.

Perante esta evidência, é de considerar que o regime do penhor poderá surgir e tornar-se bastante vantajoso para o credor, tanto numa situação normal surgindo como uma garantia do seu crédito mas também numa situação em que o seu devedor é declarado insolvente.

Em primeiro lugar, avaliando situações referentes ao pagamento do crédito garantido após a declaração de insolvência, deparamo-nos com o facto de que este só pode ser executado, depois de os créditos terem sido verificados por sentença transitada em julgado, tal como acontece com qualquer outro crédito que não seja garantido, como é possível verificar pela análise do art.º 173º do CIRE.

No entanto, quando falamos em créditos garantidos, estes têm uma peculiaridade que os distingue dos restantes créditos, uma vez que, através do recurso ao art.º 174.º do CIRE, percebemos que estes são prontamente pagos após a liquidação dos bens onerados com a garantia real.

Focando-nos agora em analisar o que acontece aos restantes credores, depreende-se que estes serão pagos posteriormente, como credores comuns.

Caso os créditos garantidos não sejam pagos integralmente com a liquidação dos bens onerados com a garantia real, os credores podem ainda concorrer com os credores comuns em relação ao património do devedor/insolvente.

3.3. Particularidades do Penhor quanto à resolução do contrato em benefício da massa insolvente

A resolução de contractos em benefício da massa insolvente, prevista no art.º 120º do CIRE, vem desta forma, conceder ao administrador da insolvência a possibilidade de resolver actos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência. Deste modo, consideram-se actos prejudiciais à massa, aqueles que ponham de qualquer modo em causa a satisfação dos credores da insolvência.

A resolução em benefício da massa insolvente requer a existência de determinados requisitos gerais, como a temporalidade, uma vez que o ato tem de ser praticados nos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, e a prejudicial idade, já que o ato praticado tem de ser prejudicial à massa pondo em causa os interesses dos credores, diminuindo os bens da massa ou atrasando o pagamento dos credores. Existem ainda casos em que

nos deparamos com uma resolução condicional, regulada pelo n.º 2 do art.º 120º ou incondicional, presente no art.º 121º, ambos do CIRE.

No caso concreto da resolução condicional, presume-se a existência dos requisitos gerais e ainda a má-fé do terceiro que contrata com o insolvente, ou seja este tem de conhecer, à data do ato, uma das circunstâncias referidas nas três alíneas do n.º 5 do art.º 120º, sendo estas a situação de insolvência actual do devedor, a situação de insolvência iminente do devedor e o prejuízo à massa que implicava o ato, e por fim o início do processo de insolvência.

No que toca à resolução incondicional, esta não envolve a existência de quaisquer outros requisitos para além de ser uma das situações presentes no art.º 121º do CIRE e não admite prova em contrário.

Assim, resolve-se incondicionalmente, em benefício da massa insolvente, os seguintes actos: a) partilha celebrada à menos de um ano antes da data do início do processo de insolvência; b) actos celebrados pelo devedor a título gratuito dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência; c) constituição pelo devedor de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência, d) fiança, subfiança, aval e mandatos de crédito, em que o insolvente haja outorgado no período referido na alínea anterior e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele; e) constituição pelo devedor de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, dentro de 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência; f) pagamento ou outros actos de extinção de obrigações cujo vencimento fosse posterior à data de início do processo de insolvência, ocorridos nos seis meses anteriores à data de início do referido processo, ou depois desta mas anteriormente ao vencimento; g) pagamento ou outra forma de extinção de obrigações efectuados dentro dos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência em termos não usuais no comércio jurídico e que o credor não pudesse exigir; h) actos a título oneroso realizados pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte; i) reembolso de

suprimentos, quando tenha lugar dentro do mesmo período referido na alínea anterior.

Perante esta análise detalhada dos factos presentes no CIRE, pode-se constatar que os actos oficializados dentro dos períodos referidos seriam considerados inválidos.

No entanto, embora o contrato de penhor esteja englobado nos actos que podem ser convertidos em benefício da massa insolvente, quer a título condicional quer incondicional, é de notar que as normas do CIRE são derogadas por legislação especial, como acontece no caso do penhor financeiro.

Seguindo este raciocínio, e tendo como base o estipulado no art.º 17º n.º 1 do DL 105/2004, não se podem dissolver os contractos de garantias financeiras, tendo apenas como argumento, o facto de o contrato ter sido celebrado nos chamados “períodos suspeitos”.

De acordo com o art.º 17º n.º 2 do DL, também não serão nulos ou anulados os actos, mesmo que praticados nesses períodos, de prestação de nova garantia no caso de variação do montante das obrigações financeiras garantidas ou a prestação de garantia financeira adicional em situação de variação do valor da garantia financeira, nem a substituição da garantia financeira por objecto equivalente.

O objectivo principal desta norma é impedir que esses actos sejam resolvidos em benefício da massa insolvente, devido ao facto de a garantia ser prestada em relação a obrigações já existentes ou por ser prestada em determinados períodos ditos como “suspeitos”.

Com esta disposição, permite-se deste modo, desviar-nos um pouco da informação presente no art.º 120º e 121º do CIRE, mesmo que os actos sejam praticados nos “períodos suspeitos” e sejam prejudiciais à massa insolvente.

Como tivemos a oportunidade de atestar, o penhor vigora mesmo perante a declaração de insolvência, quer do devedor, quer do credor, preservando todas as suas características. De facto a melhor forma de obter o pagamento de uma dívida referente a uma obrigação em incumprimento é

recorrendo ao processo executivo, o qual engloba todo o património do devedor em incumprimento.

O processo executivo é, desta forma considerado como um meio judicial próprio e adequado para garantir o pagamento de uma dívida, quer esta esteja garantida ou não, sendo que, perante este meio, o credor não executa a dívida somente pela garantia que está associada ou adstrita ao ato jurídico em que decorre a exigência do pagamento, mas sim, todo o património do devedor.

No entanto, embora este meio seja considerado adequado para obter o pagamento de uma dívida, começamos a questionar-nos sobre a viabilidade de dispensar o processo executivo, apesar da existência de uma declaração de insolvência do devedor.

Partindo da análise do art.º 88º do CIRE, a declaração de insolvência prevê a suspensão de quaisquer diligências executivas que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e apresenta-se numa posição de aversão face à existência de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência.

Em suma, decretada a insolvência do devedor, todas as acções executivas existentes, bem como as que poderiam vir a ser intentadas pelos credores, devido ao facto de se tratar de uma suspensão automática, ficam suspensas ou vêm a sua futura vigência negada. Não obstante a esta situação, e apesar da existência de acções executivas, sejam elas garantidas por penhor ou não, se suspenderem com a declaração de insolvência, a verdade é que se verifica mesmo assim uma execução do património do devedor, uma vez que o próprio processo de insolvência é um processo de execução universal.

Chegamos, deste modo a essa conclusão devido, principalmente a uma análise mais aprofundada do art.º 1º do CIRE “. Perante esta análise, depreende-se que o processo de execução universal, denominado de “processo de insolvência”, visa principalmente garantir a protecção e satisfação dos interesses dos credores, e tem por objecto apreender todo o património do insolvente, liquidá-lo e repartir o produto obtido pelos credores convocados para reclamar os seus créditos.

Em detrimento desta finalidade e objecto, depreende-se que a proibição presente no art.º 88.º do CIRE, relativa à instauração e possibilidade de prosseguir com acções executivas por parte dos credores da insolvência.

Com a existência de um processo de insolvência, todo o património do devedor fica à disposição da generalidade dos credores, contrapondo-se assim, à acção executiva singular, na qual se procura a liquidação de bens concretos desse património com vista a satisfazer um crédito específico.

Note-se que os fins de ambos os procedimentos se distinguem, apesar de em ambos os casos estarmos perante um processo executivo, só que um visa o interesse directo e próprio do credor e, o outro, o interesse de todos os credores, adicionando-se ainda, neste caso, tratando-se de uma sociedade, a sua dissolução e liquidação.

Pode assim concluir-se que, apesar de não ser possível instaurar uma acção executiva contra o devedor depois de declarada a insolvência deste, e mesmo que as acções pendentes se encontrem suspensas, o certo é que o credor, garantido ou não, ao reivindicar os seus créditos no processo de insolvência está a proceder à execução da sua dívida, na medida em que o processo de insolvência visa a apreensão de todo o património do insolvente para posterior liquidação e pagamento aos credores. Neste caso, a grande diferença reside no facto de que, perante um processo de insolvência, os bens a executar não são os bens afectos àquela dívida em concreto, mas sim todo o património do devedor que tem como objecto principal garantir o pagamento de todos os credores.

Importa aferir que, mesmo tratando-se da apreensão de todo o património do devedor, e havendo credores garantidos com garantias reais, nomeadamente o penhor, tem de se ter em consideração que os bens garantidos em penhor, quando liquidados, serão primeiramente destinados à satisfação da dívida daquele crédito garantido.

De acordo com os factos acima mencionados, é importante referir e analisar os artigos 174º e 166º do CIRE, uma vez que estes fazem referência ao pagamento de créditos garantidos e ao atraso na venda de qualquer bem objecto de garantia real, respectivamente.

Perante a liquidação dos bens garantidos por garantia real, e após serem deduzidas todas e quaisquer despesas, é imediatamente feito o pagamento aos credores garantidos, com respeito pela prioridade que lhes caiba.

No caso de estes credores não forem garantidos na sua totalidade, não sendo deste modo totalmente pagos com os valores apurados com a liquidação dos bens referentes à garantia, podem deste modo, concorrer com o restante valor em dívida, com os credores comuns abrangendo neste sentido a generalidade do património do devedor.

Por sua vez, o credor detentor de garantia real deve, ainda, ser compensado pelo prejuízo causado pelo atraso na alienação do bem objecto da garantia que lhe não seja imputável, bem como pela sua desvalorização, resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente.

Evidencia-se neste sentido, o caso do penhor financeiro, partindo em primeiro lugar, pela análise do DL 105/2004, com remissão para o art.º 16º n.º 2 do CIRE, no qual consta que o disposto nesse Código não invalida o regime de legislação especial relativo a contractos de garantia financeira.

Perante um caso de insolvência do devedor, que seja por sua vez detentor de um penhor financeiro, o administrador da insolvência deve entregar o valor em dívida ao credor, uma vez que, em caso de incumprimento, e mesmo que o objecto seja constituinte da massa insolvente, o credor tem o direito de executar a garantia isoladamente. Importa igualmente referir que, perante um penhor financeiro, cabe ao credor a liquidação do bem dado em garantia e não ao administrador de insolvência.

3.4. Compensação de créditos garantidos por penhor depois da declaração de insolvência

Neste momento, importa apenas fazer referência à possibilidade de compensação de créditos após a declaração de insolvência. Neste caso, esta situação encontra-se prevista no art.º 99º do CIRE.

Este mesmo artigo estabelece que, finda a declaração de insolvência, só é possível compensar os créditos sobre a insolvência com dívidas à massa se se verificarem os requisitos previstos nesse artigo, nomeadamente: a) ser o preenchimento dos pressupostos legais da compensação anterior à data de declaração de insolvência; b) ter o crédito sobre a insolvência preenchido antes do contra crédito da massa os requisitos estabelecidos no art.º 847º do CC.

Resumidamente, a possibilidade de compensar créditos sobre a insolvência com dívidas à massa passa a ser aceite, genericamente, se os pressupostos legais da compensação se verificassem já à data da declaração de insolvência, ou no caso em que são verificados em momento posterior, o contra crédito da massa não garanta em primeiro lugar os requisitos estabelecidos no art.º 847º do CC.

Esta situação assemelha-se ao que acontece com o penhor de direitos, uma vez que podem ser compensados caso estejam preenchidos os requisitos da compensação. Em referência ao penhor financeiro, esta ideia é por sua vez tratada no art.º 14º do DL 105/2004.

Em caso de existência de compensação, deverá fazer parte da massa insolvente o objecto dado em garantia, o objecto equivalente, o montante em dinheiro, bem como o remanescente que decorra da compensação e que possam ser exigidos directamente ao credor pelo administrador da massa insolvente.

Por fim, o art.º 99º n.º 4 do CIRE, estabelece os casos que impossibilitam a existência de compensação, ou seja quando a dívida à massa for constituída após a data da declaração de insolvência, originada pela resolução de actos em benefício da massa insolvente, ou seja, caso o credor da insolvência tiver adquirido o seu crédito de outrem, após a declaração de insolvência, perante dívidas do insolvente pelas quais a massa não seja responsável e por fim entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência.

4. Questão Pertinente: Poderá considerar-se que o recurso ao penhor da massa insolvente sobre a forma de garantia da satisfação dos credores, é a melhor solução?

Não obstante o facto de nos termos baseado até ao momento no processo especial de Insolvência e Recuperação de Empresa, no que toca principalmente à resolução em benefício da massa insolvente, consideramos neste momento importante estabelecer uma ligação com o regime civilista em geral.

Deste modo, importa fazer uma primeira referência ao instituto da impugnação pauliana presente nos art.º 610º a 618º do CC, que se reflecte na impugnação pelo credor de actos que envolvam uma diminuição da garantia patrimonial que não sejam de natureza pessoal e desde que se enquadre nos seguintes requisitos: a) Ser o crédito anterior ao acto ou, no caso de ser posterior, ter sido realizado dolosamente com a finalidade de impedir a satisfação do direito do futuro credor; b) Resultar na impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou agravamento dessa impossibilidade.

Partindo numa primeira fase pela análise do art.º 601º do CC, considera-se que, pelo cumprimento das obrigações respondem todos os bens do devedor susceptível de penhora¹⁰.

Importa referir que os bens susceptíveis de penhora podem ser considerados como uma garantia geral¹¹ das obrigações, ou seja, partirá sempre da sua responsabilidade, e não da pessoa ou da sua liberdade, assegurar a realização coactiva do devido no caso de não haver cumprimento voluntário.

¹⁰. Arts. 821º e ss. CPC

¹¹ Cfr . MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações / Não Cumprimento e Garantias do Crédito, 8ª edição, 2011, Almedina, p. 305, que nos diz, na falta de garantias especiais, todos os credores concorrem nos mesmos termos ao património do devedor enquanto sua garantia comum, pelo que, face à insuficiência deste para a satisfação de todos, será o mesmo rateado, recebendo cada credor a parte proporcional ao montante do seu crédito (art. 604º, n.º 1 CC).

Para além disso, no que concerne à legitimidade de reverter o património do devedor numa garantia, a fim de garantir a satisfação do seu crédito, em caso de falta de cumprimento voluntário de uma obrigação, o credor pode ver o seu direito garantido por intermédio dos tribunais, como garante o art.º 817º CC.

Deste modo, a lei concede ao credor o direito a ver o seu crédito garantido ao converter o património do sujeito passivo da obrigação numa garantia. Sendo assim, o devedor não se encontra na posição de, antes de cumprida a obrigação ou do próprio início da execução judicial, conscientemente ser responsável por diminuições do seu património.

Caso esta situação fosse aceite, estar-se-ia a promover e a autorizar maiores fraudes, tornado o património do devedor numa garantia geral das obrigações precária.

Sendo assim, e como forma de se proteger e preservar a sua garantia, o mesmo código apresenta algumas soluções que sirvam de garantia mais segura para os credores, não tendo estes de ver a sua garantia frustrada.

Estas soluções encontram-se reguladas pelo artigo 605.º e seguintes, revelando-se como verdadeiros meios de conservação da garantia patrimonial.

Numa vertente mais prática, este instituto assume, como primeiro e mais importante requisito, a existência de um acto nocivo à garantia patrimonial, bem como o facto de incentivar a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação do seu crédito integralmente, ou, pela alínea b) do referido artigo 605.º, levar a um agravamento dessa impossibilidade.

Numa vertente Doutrinal, pode-se entender que perante a redacção da alínea b) do artigo 610º encontram-se englobados os casos em que, mesmo que o acto não determine a insolvência do devedor, este possa resultar numa impossibilidade prática do pagamento inevitável do seu crédito.

Ficam, deste modo, ao alcance do instituto aqueles actos que, não provocando, directamente, a insolvência do sujeito passivo, podem provocar a impossibilidade real e material, de satisfazer o seu crédito de forma contenciosa.

No que toca ao segundo requisito, o código exige que o crédito, de que o credor impugnante seja titular, seja anterior ao acto ou, caso seja posterior, ter sido realizado de forma dolosa com o intuito de impedir que o credor veja o seu direito garantido. Neste caso em que o crédito surge após a prática do acto, denomina-se de fraude preordenada.

Esta situação encontra justificação no facto de os credores, existentes à data da prática do acto, poderem contar com os bens e direitos retirados à massa patrimonial (enquanto integrantes da garantia geral das obrigações), de forma a verem os seus direitos satisfeitos.

É no entanto importante ter em consideração que os credores que adquiriram esse título numa fase posterior à da prática do acto impugnável não acham legitimidade para usufruir do instrumento. Na verdade, podem fazê-lo, apenas no caso previsto por lei em que exista dolo do devedor, ou seja, no caso de o acto ter sido realizado com o objectivo de impedir a satisfação do direito do futuro credor.

O conceito de massa insolvente encontra-se regulado pelo art.º 46º, nº 1 do CIRE, no qual referido que “a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas dívidas”, englobando, salvo contrário, “todo o património do devedor à data da declaração de insolvência”.

Neste sentido, podemos concluir que o principal objectivo da massa insolvente passa pela satisfação dos interesses dos credores sociais. No que concerne ao nº2 do mesmo artigo, é perceptível que, no que toca aos bens que são isentos de penhora, “só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar e a impenhorabilidade não for absoluta”.

Dito isto, a massa insolvente abrange o conjunto de bens actuais e futuros que o devedor possa vir a ter, formando, desta forma, um património separado a partir da declaração de insolvência, que verte à satisfação dos interesses dos credores.

Partindo da comparação do nº1 com o nº2 do mesmo artigo, é notório que a massa insolvente não abrange a totalidade dos bens pecuniários do devedor, mas sim os que são penhoráveis, juntamente com aqueles que, não sendo penhoráveis, são, graças à vontade do devedor, oferecidos por este.

Pode desta forma afirmar-se que, no âmbito do processo de insolvência, todos os bens que o devedor insolvente for adquirindo, no decorrer do processo até ao final do mesmo, encontram-se reservados a favor da massa insolvente, sem que seja necessário intervenção do administrador de insolvência.

Importa no entanto considerar que não é pelo facto de o insolvente ser considerado como tal, que perde o poder de disposição e de administração de todo e qualquer bem.

Analisando o art.º 81º, nº1, do CIRE que dita que “a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente” e que “o administrador da insolvência assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência”. Face ao presente no nº1 com o nº4 do mesmo artigo, depreende-se que o insolvente conserva para si a faculdade de administrar os bens que são alheios à massa insolvente.

Tal como já foi referido, a massa insolvente é constituída por bens pertencentes ao insolvente, tendo estes de ser susceptíveis de penhora para o cumprimento da obrigação.

No que concerne à questão de entrega voluntária de bens que não são penhoráveis, releva o art.º 46º nº 2 do CIRE, pelo qual verificamos que os bens impenhoráveis, uma vez apresentados voluntariamente pelo devedor, passam automática e irreversivelmente a pertencer à massa insolvente, ficando nela materializados enquanto o processo persistir. Se, porventura, ocorrerem casos de entrega voluntária de bens que, de acordo com a lei, não possam ser penhorados, este ato revela-se uma invalidade.

A declaração de insolvência resulta na apreensão dos bens do devedor a favor do administrador da insolvência. Referindo-nos ainda ao processo de insolvência, é importante aludir ao facto de que este pode culminar com a liquidação do património do devedor como pode, por outro lado, resultar na aprovação de um plano de insolvência que garanta outro destino para o património do insolvente.

Neste momento, considera-se essencial o foco nos casos de administração da massa pelo devedor. Neste caso, o requisito essencial para que esta situação vigore, passa pela existência de uma empresa. Deste modo, e no decorrer da análise do art.º 223º do CIRE, a administração da massa insolvente tem de partir da vontade do devedor e só lhe é concedida se este a tiver solicitado, sendo esta mesma vontade expressa no pedido.

De facto, analisando a doutrina, certos autores defendem que o CIRE não expressa com clareza quais as intenções quanto à delimitação dos termos em que o pedido deve ser formulado. De facto, o código devia ser mais claro e concreto estabelecendo de que forma deve o devedor formular o pedido para administrar a massa insolvente.

A concessão desta administração possui requisitos que divergem consoante esta seja conferida pelos credores ou pelo juiz. Quando a atribuição é conferida pelo juiz, dita o art.º 36º e) do CIRE, sendo estabelecida na sentença que declara a insolvência. Caso seja o devedor a apresentar-se à insolvência, deve consistir da petição inicial o pedido para administrar a massa insolvente.

Se, por outro lado, o processo resultar da iniciativa de outro sujeito, nesse caso o devedor deve requerer a administração na contestação. Quando ela é concedida pelos credores, como dita o art.º 224º. Nº. 2 do CIRE, esta é realizada, em regra, na assembleia de apreciação do relatório que se encontra regulado no artº. 156º. do CIRE, ou na primeira assembleia que a preceder. Sendo a tutela dos credores um dos elementos fulcrais no processo de insolvência, o juiz só determina a administração da massa insolvente pelo devedor se verificar alguns pressupostos que protejam os credores sociais.

Deste modo, o art.º 224ºnº2 c) defende que só é conferida esta administração se não houver “razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”. Mesmo que seja perceptível a intenção do legislador com esta norma, que se demonstra fulcral para a continuidade ou recuperação da empresa, a nosso ver, esta norma não é totalmente clara e dá azo a várias interpretações. É de lembrar que o juiz

só concede ao devedor esta administração, quando não houver qualquer razão para receios.

Deste modo, considera-se que seria prudente que a legislação dita-se no sentido de só se poder recusar o requerimento para administrar a massa insolvente, quando houvesse algum risco que, fosse de prever ou esperar que ocorressem atrasos no processo.

Caso contrário, se existir qualquer receio, por parte dos credores, em confiar a administração da massa ao devedor, supõe-se que possa existir receio de atrasos no processo. Caso sejam os próprios credores que se manifestam nesse sentido, é pacífico aceitar que a administração da massa não deva ser conferida ao devedor.

Perante a declaração de insolvência, uma das primeiras coisas a fazer-se é a apreensão dos bens do devedor como, de resto, decorre do CIRE. No entanto, quando nos referimos à administração da massa pelo devedor há que ter alguma atenção sobre esta matéria.

Como foi explicado anteriormente, o art.º 228, nº 2, expõe o que acontece no caso de o juiz pôr termo à administração da massa insolvente pelo devedor. Neste sentido, irá resultar numa apreensão dos bens do devedor, prosseguindo o processo os seus trâmites nos termos gerais.

Quando a administração é concedida ao devedor, depreende-se que esta apreensão não deve acontecer, por não ser benéfico para o devedor tirando qualquer sentido à norma.

Pode depreender-se que não faz qualquer sentido o devedor administrar a massa, mas não poder dispor dos bens. Considera-se, no entanto, no caso de se proceder à apreensão dos bens se, por qualquer motivo, findar a administração da massa insolvente pelo devedor.

Como que já foi referido, perante a sentença de declaração de insolvência costuma ser nomeado um administrador da insolvência que, garantindo o cumprimento do art.º 149º, nº, considera-se necessário proceder à apreensão dos bens.

A concessão da administração da massa insolvente ao devedor tem vantagens e desvantagens que trazem riscos para os credores. Deste modo,

relativamente a esta questão, torna-se necessário avaliar os quatro intervenientes principais do processo de insolvência - os credores, o devedor, o administrador da insolvência e o juiz-. A administração da massa insolvente pelo devedor constitui uma grande vantagem relativamente à proximidade que o devedor tem com a empresa insolvente.

Considera-se neste sentido que não existe razões que justifiquem supor que as dificuldades das empresas resultam da gestão deficitária ou ilícita e que a suspensão repentina de funções pelos gestores de empresas em dificuldades agrava a situação das empresas.

Tendo em consideração o facto de o CIRE se encontrar fortemente focado na recuperação da empresa, e sendo obrigatória a apresentação de um plano de recuperação da empresa por parte do devedor, parece-nos seguro afirmar que também o credor lucra com a recuperação da empresa. Este facto, juntamente com a redução de custos do processo, revela-se como uma das grandes vantagens desta administração.

Por seu termo, não deixamos de conceder a sua merecida importância ao facto de o credor querer garantir a satisfação do seu crédito, não deixando no entanto de ponderar a possível existência de riscos associadas a esta administração.

Ainda assim, aceita-se que no caso de ser a assembleia de credores a atribuir a administração da massa, os bens poderão já ter sido apreendidos, como dita o art.º 149º, n.º1 do CIRE, pelo que este facto poderá demonstrar-se vantajoso para os credores.

Não obstante esse facto, se esta for concedida pelo juiz tem como consequência a não apreensão dos mesmos o que, em contrapartida, pode revelar-se uma verdadeira desvantagem perante as expectativas que estes têm relativamente à recuperação do seu crédito.

Outro facto que pode revelar-se igualmente como uma desvantagem, resulta do art.º 225º. Segundo este, a liquidação só se efectua depois de retirada a administração ao devedor, sendo que, neste caso, a liquidação da generalidade dos bens podia ser benéfica para os credores.

Neste aspecto, o devedor, ao administrar a massa, corre o risco de presenciar o agravamento da situação de insolvência, podendo contrair mais dívidas, resultando em desvantagens mais preocupantes para os credores da insolvência, uma vez que, depois de declarada insolvência, estas dívidas iriam integrar dívidas da massa e não da insolvência.

No entanto, considera-se extremamente benéfico que a administração da massa insolvente seja regulada pelo devedor. Deste modo, mais do que confiar a administração da massa insolvente ao devedor, os credores devem confiar no administrador de insolvência.

Como já foi explicado, o administrador de insolvência tem, como principal função, a fiscalização da acção do devedor. Deste modo, o administrador da insolvência irá agir tendo em conta o interesse dos credores, tendo o papel fulcral de minimizar os riscos que possam resultar para os credores com essa administração.

É importante referir mais uma vez que, no processo de insolvência, o legislador concedeu ao administrador da insolvência o poder de intentar acções, em nome dos credores, contra o devedor. Para além disso, garante que não venham a existir acções contra o mesmo devedor pelos mesmos factos danosos.

No entanto, não parece razoável que os bens não sejam administrados pelo devedor, uma vez que, perante este caso em concreto, poderia existir uma contrapartida que desvalorize o conteúdo da norma.

Importa mencionar no entanto que embora possamos reconhecer que existem riscos associados a esta cedência da administração, concluímos que é mais vantajoso para os credores a administração da massa pelo devedor.

Neste sentido, consideramos que administração da massa por parte do devedor, é a forma que resulta numa melhor valorização da recuperação face a uma possível liquidação.

Ao tomarmos consciência dos problemas que decorreram da grave crise financeira que assolou a Europa, incluído Portugal, é de certo modo compreensível a necessidade de fluidez financeira, que passa pela necessidade de disponibilização de meios às empresas, tendo sempre em

atenção o padrão de que dinheiro gera dinheiro, será facilmente compreensível que as instituições de crédito se encontrem em situações de verdadeira necessidade de injeção de capital nas contas bancárias dos seus devedores, para que esses continuem a conseguir garantir a sua manutenção no mercado.

Dito isto, consideramos possível afirmar que é preferível ao credor fazer uma nova injeção de capital com o objectivo da sua rentabilização e permitir que o devedor consiga liquidar as suas obrigações, do que perder todo o capital que anteriormente deu como mutuo.

Neste sentido, estas necessárias injeções de capital podem revelar-se como verdadeiras soluções” para os mutuários, bem como para os mutuantes que tentam garantir que os seus créditos sejam garantidos, evitando igualmente chegar a uma situação de falta de liquidez financeira.

No entanto, o artigo 121º, n.º 1, al. e) prevê a resolução em benefício da massa insolvente, através da constituição, pelo devedor, de garantias reais que funcionem em simultâneo com a criação das obrigações garantidas dentro dos 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência. Sendo assim, face à existência de garantias pode-se garantir a existência de injeções de capital que podem ser, a última salvação da empresa ou garantir a manutenção do consumidor no mercado, como se consagra pela análise dos paradigmas de Recuperação de Empresas presentes no CIRE e no próprio processo de insolvência¹².

É certo afirmar que o instituto de resolução de negócios em benefício da massa insolvente tem um cariz mais justo e compreensível, tendo em conta a usura presente em vários negócios jurídicos¹³, e tendo igualmente em conta a protecção dos vários credores do devedor insolvente¹⁴, que tal como ele, carecem de protecção perante os restantes e perante os negócios celebrados entre os outros e o seu devedor comum. No entanto, considera-se que esta situação não será suficiente à resolução em benefício da massa insolvente de negócios que pressupõem a recuperação da empresa.

¹² Pelo menos no seu art. 1º.

¹³ Em que o “mais poderoso” impõe a sua vontade e desejo à parte (economicamente) “mais fraca”.

¹⁴ Não podemos esquecer que, tal como plasma o art. 1º CIRE, o processo insolvencial é concorrencial entre credores – devido à escassez da massa insolvente as credores vão excluir-se mutuamente no pagamento dos seus créditos

De uma forma, apercebemo-nos de que todos os credores têm em comum o interesse de garantir a liquidez do seu devedor comum, levando-nos a crer ser mais benéfico encarmos o devedor como uma pessoa “independente” , do que o considerarmos e tornarmos numa mera massa insolvente cujo único objectivo passa pelo pagamento dos seus créditos.

Dito isto, e face ao que foi dito anteriormente, consideramos que seria benéfico quer para os credores, quer para o próprio devedor que se encontra perante uma insolvência iminente, garantir de certo modo a manutenção da nossa legislação de forma a garantir a autonomia do devedor, no que concerne á administração da liquidação dos pagamentos aos seus credores.

5. Conclusão

Com esta dissertação, consideramos ser possível afirmar que ainda existe uma enorme desconfiança relativamente ao mecanismo da administração da massa insolvente pelo devedor, que foi introduzido no nosso ordenamento jurídico em 2004.

De facto, tendo em consideração as vantagens e desvantagens, consideramos que este instrumento, contribuiria de uma maneira muito mais eficaz para a recuperação das empresas e, deste modo, para uma melhor e mais eficiente tutela dos credores sociais.

Neste sentido, considera-se não haver ninguém melhor que o devedor, tendo em conta que foi este que criou e geriu a empresa, para administrar a empresa insolvente neste momento.

É de notar que a legislação, como já referimos, não se demonstra totalmente receptiva à manutenção e utilização deste mesmo regime. Pensamos neste ponto, que se deve ao facto de existirem ainda dúvidas por esclarecer.

Uma das mais evidentes considera-se que passa pela atribuição da massa insolvente ao devedor, na medida em que esta depende da não existência de atrasos durante a evolução do processo na marcha do processo.

Sendo assim, é quase impossível que esta administração não tenha atrasos e não venha a causar pequenos constrangimentos para os credores. Desta forma considera-se que a melhor solução passaria pela alteração desta norma, no sentido de que só seria possível a recusa de atribuição da massa ao devedor caso houvesse indícios concretos de má-fé ou simples incompetência a nível de gestão.

Esta opção legislativa é de aplaudir, pois não poucas vezes os devedores dependem apenas da confiança dos credores para assegurarem a sua viabilidade económica.

Em suma, importa aferir que este preceito inovador surge, de certo modo, como defensor dos interesses dos credores que investem num devedor com o objectivo de promover a sua recuperação.

Esta alteração legislativa funciona como um mecanismo que surge para acentuar os ideais de recuperação empresarial presentes no CIRE.

Neste sentido, e conjugando os dois ideais, os credores passam a encontrar protecção face à utilização abusiva deste processo que permite cobrir determinados negócios à resolução, uma vez que não é suficiente uma situação económica difícil para que o expediente opere.

Neste sentido, este processo especial, que pretende o estabelecimento de negociações com os credores vocacionadas para revitalizar o devedor, durante a negociação, existem três pressupostos que se deverão encontrar verificados para que opere. Numa primeira vertente, o devedor deve encontrar-se em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente. Para além disso, esta situação deve ser comprovada e tem de haver meios para recuperar a situação económica do devedor.

Caso estes requisitos não se encontrem preenchidos os negócios celebrados não se enquadrarão no âmbito de aplicação do processo especial de revitalização, não existindo fundamento no n.º 6 do art.º 120º, pelo que se irá prescindir da resolução do art.º 120º e 121º em protecção da massa.

Neste sentido consideramos importante focar a ideia de que aliando a concessão da tutela da massa insolvente ao devedor, conjugado com o projecto de revitalização de empresas, que se encontra regulado no CIRE, existe uma maior garantia de que o devedor, ao conseguir garantir a manutenção do seu património, consiga evitar a insolvência, através da utilização dos seus bens como garantia para os seus credores que o irão ajudar a manter uma posição no mercado.

6. Bibliografia

Alves, H. R. (2010). *Do penhor*. Almedina.

Cordeiro, A. M., & Cordeiro, A. B. M. (2016). *Direito bancário*. Almedina.

Disraeli, B., Amado, M. J., & de Almeida Santos, V. A. *Insolvência E As Dívidas Fiscais-Da Dúvida À Certeza*.

Fernandes, L. A. C., & Labareda, J. (2009). *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*. Quid Juris. *Epifânio, Maria do Rosário, Revista de Direito da Insolvência n.º 1 (2017)*

Fernandes, L. A. C., & Labareda, J. (2000). *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência: anotado; Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de Outubro-anotado; legislação complementar; principal legislação revogada; Índices alfabético e sistemático; tabela de correspondência com legislação revogada*. Quid Juris.

Vasconcelos, L. M. P. D. (2017). Falência, insolvência e recuperação de empresas.

Vasconcelos, P. P. (2011). *Parte geral, contratos mercantis, títulos de crédito*. Almedina.

7. Webgrafia

www.diritto.it

www.dgsi.pt